Gesamthypothek und Miteigentum

Dissertation

zur Erlangung der juristischen
Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität
in Breslau

vorgelegt von

Harald Görlich.

— 1926 —

Druck der Arnestus-Druckerei G.m.b.H., Glatz.

Gesamthypothek und Miteigentum

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität in Breslau

vorgelegt von

Harald Görlich.

— 1926 —

Druck der Arnestus-Druckerei G. m. b. H., Glatz.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. Manigk.

Literatur-Verzeichnis.

1 Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage 1923.
2 Biermann: Sachenrecht, 3. Auflage 1914.
3 Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten, 2. Band 1923
4 Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 7. und 8. Auflage 1924.
5 Dernburg: Lehrbuch des Pr. Privatrechts I, 1875.
6 Doinet: Die Gesamthypothek. Diß. Freiburg 1904.
7 Doßmann: Das Recht des Miteigentümers. Diß. Halle-Wittenberg 1908.
8 Eccius: Bei Gruchot Band 46, S. 730 ff., in einer Besprechung des „Zwangsversteigerungsgesetzes“ von Paul Reinhardt.
9 Eisele: Zur Lehre vom Miteigentum, im Archiv für ziv. Praxis, Band 63.
10 Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, 1, 8. und 9 Auflage 1905.
11 Engländer: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, I, Grundlegung. 1914.
12 Entscheidungen des Kammergerichts (zit.: KGJ).
13 Entscheidungen des Reichsgerichts (zit.: RG).
14 Exner: Das österreichische Hypothekenrecht. Leipzig 1876.
15 Frischmüller: Die Gesamthypothek nach heutigem deutschen Recht. Diß. Leipzig 1904.
16 Gierke: Deutsches Privatrecht, 2, Sachenrecht. 1905.
17 Goldmann-Lilienthal: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band 1912.
18 Grimm: Die juristische Natur des Miteigentums Diß. Heidelberg 1909.
19 Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 4. Auflage 1923.
20 Hochschild: Die Hypothek am Anteil eines Miteigentümers. Diß. Freiburg 1905.
21 Höchstädter: Ist die Hypothek auf einem in Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstück eine Gesamthypothek? In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1914 Nr. 4 und 5.
22 Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1922.
23 Jäckel-Günthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 5. Auflage 1915
25 Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. Diß. Rostock. 1900.

25 Kretzschmar: Kommt der Hypothek an einem in Miteigentum stehenden Grundstück im Verhältnis zu den Anteilen der Miteigentümer die Eigenschaft einer Gesamthypothek zu? In Juristische Wochenschrift 1915 Nr. 14.
26 Lang: Die Gesamthypothek. Archiv für ziv. Praxis. 89. Band. 1899.
27 Leo: Hypotheken und Bruchteilsversteigerung, in Gruchots 54 Nr. 10.
28 Levy: Hypothek und Bruchteilseigentum im Verhältnis zueinander, in Gruchot 59, Nr. 4.
29 Maenner: Sachenrecht, 2. Auflage 1906.
30 Marcusen: Die Korrealhypothek im modernen Rechte, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 13 1899.
31 Meikel: Die Hypothek an einem in Miteigentum stehenden Grundstück. Im „Recht". 1914.
32 Meyer Der Bruchteil des Grundstücks als Gegenstand der Gesamthypothek, in Zeitschrift für das Notariat in Bayern. 1914 Nr. 8.
33 Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Rechts, Band III. 1896.
34 Nußbaum: Deutsches Hypothekenwesen. 1913.
35 Nußbaum: Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1916.
36 Oberneck: Reichsgrundbuchrecht 1. und 2. 1909.
37 Pallasky: Das Problem der Gesamthypothek bei der Entstehung von Bruchteilsmiteigentum. Diß. Breslau 1925.
38 Planck: Kommentar zum BGB., Sachenrecht, Band III, 4. Auflage. 1920.
39 Predari: Grundbuchordnung 1907.
40 Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 1899.
41 Randa: Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht. 1. Hälfte Leipzig 1884.
42 Rümelin: Teilung der Rechte. 1883.
43 Schüler: Das Miteigentum an Grundstücken. Diß. Leipzig 1909.
44 Schulz: Das Gesamtpfand am Grundstück. Diß. Breslau 1914.
45 Staudinger: Kommentar zum BGB., 5. und 6. Auflage 1910.
46 Stein: Die Zivilprozeßordnung, II. Band, 8. und 9. Auflage 1908.
47 Stillschweig: Ist die Hypothek, die auf einem in Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstück lastet, eine Gesamthypothek? JW. 1914, S. 7 ff.
48 Tappen: Die Regelung der Gesamthypothek nach geltendem Deutschen Recht. Diß. Heidelberg 1911.
49 Ten Hompel: Die juristische Natur des Miteigentums. Diß. Leipzig 1906.
50 Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht I. und II. 1900, bezw. 1901.
51 Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Lieferung 1924.
52 Weber: Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse bei und nach Verfolgung des hypothekarischen Anspruchs an einem in Miteigentum befindlichen Grundstück. Diß. Freiburg 1901.
53 Wolff: Sachenrecht, 5. Bearbeitung. 1923, in (Enneccerus-Kipp-Wolff II, 1).

Gesamthypothek und Miteigentum

Inhalts-Verzeichnis:

Gesamthypothek und Miteigentum

Die vorliegende Abhandlung will ein Problem behandeln und zu lösen versuchen, das trotz seines großen praktischen und theoretischen Wertes bisher nur geringe Bearbeitung in der Literatur gefunden hat. Es handelt sich um die Streitfrage, ob eine auf einem in Alleineigentum stehenden Grundstück lastende Hypothek mit dem Uebergange dieses Grundstücks aus der Hand seines bisherigen Eigentümers in das Miteigentum mehrerer Personen[1]) sich ipso jure in eine Gesamthypothek verwandelt d. h. ob diese sogenannte Grundstückshypothek jetzt in voller Höhe auf jedem der Miteigentümer-Anteile lastet. A I

Das Ergebnis dieser Untersuchung wird nämlich praktisch für den Fall, daß der Gläubiger dieser Hypothek die Zwangsvollstreckung betreibt, allerdings nicht in das ganze Grundstück und gegen alle Miteigentümer – hierbei ergäbe sich kaum ein Problem – sondern wegen der ganzen Forderung in den Anteil nur eines der Miteigentümer.

Im täglichen Leben ergeben sich ja mannigfache Gründe dafür, daß ein solcher Hypothekengläubiger nur gegen einen der Miteigentümer vorzugehen wünscht, während er den anderen Teil gern schonen möchte. Diese Behauptung wird sofort verständlich, wenn man sich etwa denkt, daß der Gläubiger mit dem Teil seiner Schuldner, den er zu schonen beabsichtigt, in enger geschäftlicher oder gar freundschaftlicher Beziehung steht. Andererseits wird sich in manchen Fällen der Gläubiger, ohne dessen Zutun doch dieser Uebergang des Grundstücks von einem Eigentümer auf mehrere Miteigentümer stattgefunden hat, deshalb nur an einen der Miteigentümer halten wollen, weil er bezüglich der leichten Verfolgung seines Rechtes im

---

[1]) Man denke sich der Einfachheit und Klarheit wegen für die folgenden Ausführungen stets ein Grundstück, das in das Miteigentum zweier Personen gelangt ist, die im Grundbuch als „Miteigentümer zu gleichen Anteilen" eingetragen sind.

Verhältnis zu seinen neuen Schuldnern nicht schlechter gestellt sein möchte, als vorher, da er es nur mit einem einzigen Gläubiger zu tun hatte.[1])

Die Möglichkeit einer solchen Klage auf die ganze Forderung gegen den Anteil eines der Miteigentümer hängt ganz davon ab, wie man die oben gestellte Frage beantwortet; denn nur wer die Entstehung einer Gesamthypothek beim Uebergange vom Alleineigentum in Miteigentum[2]) bejaht, wird dem Gläubiger ohne weiteres den Zugriff in den Anteil eines der Miteigentümer wegen der ganzen Forderung geben. Wer dagegen unsere Frage verneint, müßte — das wird aus den folgenden Ausführungen hervorgehen — den Gläubiger auf den unter Umständen bedeutend erschwerten Weg einer Klage gegen sämtliche Miteigentümer verweisen.

A II Wie die Erfahrung lehrt, wird gegenüber der Klage eines Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung wegen der ganzen Forderung in den Anteil eines Miteigentümers von den betroffenen Miteigentümern sogleich der Einwand erhoben, eine solche Klage entbehre der Begründung und sei deshalb abzuweisen.

Wir müssen uns daher zunächst die Frage vorlegen, welche Gründe für das Vorbringen solcher in Anspruch genommener Miteigentümer maßgebend sein können.

Auf welchem Wege die beklagten Miteigentümer versuchen werden, mit ihrem Einwand durchzudringen, dürfte nicht schwer zu finden sein. Nur dadurch, daß sie die Klage begründenden Tatsachen des Gläubigers ihrer Begründung berauben, können sie ihr Ziel, die Abweisung der Klage erreichen. In dem Klageantrage des Gläubigers müssen wir deshalb den Punkt suchen, in dem seine Stellung angreifbar ist.

Drei Voraussetzungen muß der Hypothekengläubiger erfüllen, um seinen Antrag zu stützen, um die Sachlegitimation darzulegen. Er hat zu beweisen, daß er selbst aktiv legitimiert, seine Forderung fällig ist und daß er schließlich in dem Beklagten den rechtlich be-

[1]) Bedingung für ein solches Vergehen des Gläubigers wird natürlich sein, daß ihm schon die Anteilsversteigerung die gewünschte Befriedigung verschafft oder er mit dem voraussichtlich zu erzielenden Betrage zufrieden ist.

[2]) Mit Karl Schüler aaO. S. 5—7 verstehen wir unter diesem Begriff nur das selbständig als sachenrechtliches Institut begründbare Bruchteilseigentum und trennen es scharf von dem sogenannten Gesamteigentum, das von anderer Seite gewöhnlich ebenfalls als eine Art Miteigentum betrachtet wird.

stimmten Gegner vor sich hat, d. h., daß dieser Beklagte passiv legitimiert ist.

Die Hypothekenklage setzt also zunächst in der Person des Klägers den rechtsgültigen Bestand der Hypothek voraus, kurz, der Kläger muß aktiv legitimiert sein.[1]) Dieser Nachweis seiner Aktivlegitimation dürfte für den Hypothekengläubiger nicht schwer sein.

Gemäß § 1138 gelten die §§ 891 ff für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung. Nach § 891 besteht die gesetzliche Vermutung, daß dem Eingetragenen das Recht zusteht, es wird also der objektive Bestand des Rechtes und die subjektive Berechtigung des Eingetragenen vermutet.

Der Hypothekengläubiger braucht also nur nachzuweisen, daß für ihn im Grundbuch eine Hypothek eingetragen ist, um die Vermutung für sich zu haben, daß die eingetragene Forderung bestehe und er der Gläubiger dieser Forderung sei.[2])

Eine weitere Voraussetzung der Klage bildet die Fälligkeit der Forderung; denn erst zur Zeit der Pfandreife ist dem Gläubiger das Recht zur Befriedigung gegeben.[3])

Die Fälligkeit der Forderung kann entweder ohne weiteres mit Ablauf einer bestimmten Zeit oder nach Ablauf einer bestimmten Kündigungsfrist eintreten. Meistens aber werden in der hypothekarischen Schuldurkunde mannigfache besondere Gründe ausbedungen, bei deren Eintritt die Hypothek fällig wird, bevor noch die vereinbarte Zeit oder Kündigungsfrist abgelaufen ist. Am gebräuchlichsten ist die Abmachung, daß die Hypothek fällig sein solle, falls die Zinsen nicht pünktlich gezahlt würden.

Es ist anzunehmen, daß der Hypothekengläubiger sich vor Anstellung seiner Klage der Fälligkeit seiner Forderung vergewissern wird, um seinen Gegner nicht den bequemen Einwand in die Hand zu geben, seine Forderung sei noch gar nicht fällig.

In diesen beiden Voraussetzungen kann der von uns gesuchte, für die Aufrollung der Streitfrage bedeutsame, angreifbare Ort des Gläubigers nicht liegen. Es bleibt also nur übrig, ihn in der dritten Voraussetzung der Klage zu suchen. Bei der Prüfung der

---

1) Wolff, § 139 II.
2) Wolff, § 139 II; Fuchs zu § 1138, 2 I; Maenner, S. 447/48.
3) Für das Folgende Nußbaum, Hypothekenwesen § 21 I a. u. b.

Passivlegitimation eines solchen beklagten Miteigentümers muß sich uns die entscheidende Frage unserer Arbeit stellen.

Passiv legitimiert für die dingliche Klage ist der Eigentümer des Grundstücks (§ 1148). Fraglich ist nun, wer bei einem in Miteigentum stehenden Grundstück der „Eigentümer" ist, gegen den sich die Klage zu richten hat.

Da Miteigentümer im Grundbuch als „Miteigentümer" zu bestimmten Anteilen eingetragen sind, ist zur Lösung des Problems zu untersuchen, ob der Hypothekengläubiger berechtigt ist, falls ein Grundstück im Miteigentum mehrerer nach Bruchteilen steht, gegen den Grundstücksanteil eines der Miteigentümer allein wegen der am ganzen Grundstück bestehenden Hypothek die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Für eine Hypothek am Anteil eines Miteigentümers (§ 1114) gilt zwar das Gleiche wie für eine Grundstückshypothek, d. h. der Gläubiger hat das Recht gemäß § 864 II ZPO. aus einer solchen Hypothek die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Anteils zu betreiben. Nur ist zu bedenken, daß die Voraussetzung jeder derartigen Klage die Belastung des Anteils ist. Hier aber wird der Fall gesetzt, daß das Grundstück hypothekarisch belastet war, bevor überhaupt Anteile entstanden waren.

Es ergibt sich somit die Frage, ob bei späterer Entstehung von Bruchteilsmiteigentum an einem Grundstück die das Grundstück belastende Hypothek auch die durch die spätere Bildung von Miteigentum entstandenen Bruchteile als solche belastet.

Bei Bejahung dieser Frage ist weiter zu prüfen, ob der Gläubiger berechtigt ist, wegen der ganzen Forderung in den Anteil eines Miteigentümers zu vollstrecken, mit anderen Worten: ob diese Grundstückshypothek durch die Tatsache des späteren Miteigentums zu einer Gesamthypothek im Sinne des § 1132 geworden ist?

B I Bevor wir an dieses Problem herangehen, müssen wir über Wesen und Entstehung der Gesamthypothek Klarheit haben.

Den Begriff der Gesamthypothek gibt der § 1132: „Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung."

Die Gesamthypothek ist also eine Hypothek, die für eine und dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken bestellt ist und dem

Gläubiger das Recht gibt, nach freiem Belieben aus allen Grundstücken zugleich oder einem oder mehreren einzelnen volle Befriedigung zu suchen.[1])

Es besteht allerdings Streit darüber, ob nur eine Hypothek vorhanden ist, da doch nach sachenrechtlichen Grundsätzen die Mehrheit von Haftungsgegenständen auch eine Mehrheit von Rechten fordere, „weil die dinglichen Rechte durch die Rechtsobjekte, an denen sie bestehen, individualisiert würden, demnach so viel Rechte entstünden, als Rechtsobjekte vorhanden seien".[2]) Außerdem erfolge doch die Belastung jedes einzelnen Grundstücks durch besondere Akte, die zeitlich auseinander liegen könnten.

Der ersten Einwendung, es müßten in einem solchen Falle mehrere selbständige Einzelrechte entstehen, widerspricht schon der eben angeführte Wortlaut des Gesetzes, der klar und deutlich von einer Hypothek an mehreren Grundstücken spricht.[3]) Aeußerlich mag der Schein bestehen, daß es sich um mehrere selbständige Hypotheken handle, da wir es doch mit mehreren belasteten Objekten zu tun haben, die in den meisten Fällen auch keine wirtschaftliche Einheit bilden werden. Dieser Schein begründet jedoch nicht das juristische Sein mehrerer Hypotheken.[4])

Gerade die Tatsache, daß eine Hypothek für ein und dieselbe Forderung zu Gunsten eines einzigen Gläubigers errichtet wird, läßt aus der auf mehreren Grundstücken bestellten Hypothek eine juristische Einheit werden.[5])

Gestützt wird unsere Ansicht durch § 1181 Abs. 2 BGB., der bestimmt, daß bei Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke die übrigen frei werden. Gerade dieser Paragraph bildete einen Streitpunkt bei den Beratungen in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Ein Mitglied wollte nämlich die Gesamthypothek so aufgefaßt haben, daß der Gläubiger zwar nur einmal Zahlung verlangen könne; bei Befriedigung des Gläubigers aber aus einem der verhafteten Grundstücke sollte die Hypothek an den anderen

[1]) Wolff § 148 I.

[2]) so Biermann im „Recht" 1905, S. 265 nach Schulz, S. 59. Exner aaO. S. 293/94.

[3]) Fuchs, § 1181 I b; Nußbaum Hypothekenwesen § 16 II S. 87.

[4]) Schulz § 8 S. 58.

[5]) And. Ansicht Lang, S. 254, der u. E. zu Unrecht hier von „wirtschaftlicher Einheit" spricht.

Grundstücken ihre Bedeutung nicht verlieren. Vielmehr sollte sie in voller Höhe einem jeden der Eigentümer zufallen.[1]) Dieser Vorschlag wurde von der Kommission abgelehnt. Man erkannte sehr wohl, daß man mit seiner Annahme die Gesamthypothek in eine Vielheit von Rechten aufgelöst hätte.

Unsere Auffassung von der juristischen Einheit der Gesamthypothek wird ferner durch die Grundbuchordnung bestätigt, die verlangt, daß in der Regel über die Gesamthypothek nur ein Brief gebildet werde, wenn die belasteten Grundstücke jedoch in verschiedenen Bezirken lägen, wenigstens die Briefe miteinander verbunden würden. (§ 59 GBO.) Wozu bestünde im übrigen die Bestimmung des § 49 GBO., daß auf dem Blatt eines jeden Grundstücks die Mitbelastung der übrigen Grundstücke erkennbar zu machen sei, wenn nicht deshalb, weil man eben die Gesamthypothek als ein Recht ansieht?[2])

Die des weiteren angeführte Tatsache, daß die Gesamthypothek auf jedem Grundstück besonders begründet werden müsse, beweist noch nicht, daß sie sich nach ihrer Entstehung für immer ihre juristische Selbständigkeit bewahrt. Die zu § 1181, 2 gemachten Bemerkungen bewiesen wohl deutlich das Gegenteil.

Ueber die Entstehung einer solchen Gesamthypothek gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine besonderen Vorschriften. Es sind deshalb die verschiedensten Arten der Entstehung möglich.

Eine Gesamthypothek kann entstehen:[3])

a) Durch rechtsgeschäftliche Belastung mehrerer Grundstücke mit einer Hypothek, wobei es gleichgültig ist, ob diese einem Eigentümer gehören oder mehreren, ob die Belastung gleichzeitig oder nacheinander erfolgt ist.

b) Durch reale Zerteilung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks.

c) Da der „Bruchteil eines Grundstücks" nach § 1114 mit einer Hypothek belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, wird mit beinahe allgemeiner Ueberein-

---

[1]) Prot. S. 622 ff; siehe dazu Frischmüller S. 11 ff.

[2]) So auch Frischmüller, S. 13 und 14; ähnlich Schulz § 9 S. 58 bis 61.

[3]) Planck, § 1132, 1a; Biermann § 1132 Anm. 1a; Staudinger § 1132 Anm. 4. Frischmüller § 5 S. 17 und 26; § 6 S. 27 ff. Schulz aaO. § 13 S. 79 bis 89.

stimmung im Schrifttum auch eine von mehreren Miteigentümern an ihren Anteilen für dieselbe Forderung bestellte Hypothek als Gesamthypothek angesehen.[1])

Dagegen werden die verschiedensten Ansichten vertreten für den Fall, daß ein mit einer Hypothek belastetes im Alleineigentum stehendes Grundstück in das Miteigentum mehrerer übergeht.

Das Ziel unserer Untersuchung ist daher, festzustellen, ob bei B II
Entstehung von Miteigentum die schon vorher am Grundstück bestellte Hypothek für die Miteigentumsanteile in Ansehung der Mitverhaftung rechtliche Bedeutung gewinnt, d. h. ob sie sich auch auf diese Anteile erstreckt, sodaß eine Gesamthypothek entstünde, aus der der Gläubiger jeden Anteil gesondert für die ganze Forderung in Anspruch nehmen könnte.

Zu den durch dieses Problem aufgeworfenen Grundfragen äußern sich mit ausreichender Begründung nur wenige Autoren.

Ein großer Teil des Schrifttums steht auf dem Standpunkte, II a)
daß durch den Uebergang eines belasteten Grundstücks aus dem Alleineigentum im Miteigentum **keine** Gesamthypothek entstehe, will aber, wie z. B. Planck[2]) die Vorschriften über die Gesamthypothek **entsprechend** oder wie Staudinger[3]) „unter Umständen" anwenden, oder gibt zu, daß es sich zwar nicht um eine Gesamthypothek handle und das Gesetz sich darüber ausschweige,[4]) behauptet aber, daß ein der Gesamthypothek analoges Verhältnis vorliege.[5])

Da alle diese Schriftsteller darauf verzichten, ihre Meinung zu begründen, kann davon abgesehen werden, auf sie des näheren einzugehen.

Andere[6]) geben dem Gläubiger den Zugriff allein auf Grund II b)
des § 864 II ZPO. Jäckel-Güthe macht noch ausdrücklich darauf aufmerksam, daß die Motive zum Zwangsversteigerungsgesetz des

[1]) Biermann, § 1132 Anm. 1a; Planck, § 1132, 1a; Staudinger, § 1132, Anm. 4; RGRKomm. § 1132 Anm. 1; Nußbaum, Hypothekenwesen, S. 89; Levy, S. 309; Predari zu § 49 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal § 72 I, 4 Anm. 26; KGJ 30 A, S. 258; RG 52, 360.

[2]) III. zu § 1132, 2c.

[3]) zu § 1132 Anm. 4. Siehe auch Doinet a. a. O. S. 5., vergleiche auch Warneyer, a. a. O. zu § 1132 Seite 344.

[4]) Endemann zu § 122, 3a und Anm. 8; auch Goldmann-Lilienthal § 72 I, 4., Anm. 26.

[5]) Nußbaum, Zwangsversteigerung, S. 250, Anm. 3.

[6]) Stein zu § 864, II; Biermann, § 1132, 1, Jäckel-Güthe, Vorbem. A II, 4.

§ 4 E 1 (87) unter Hinweis auf das Reichsgericht 20, 270 sich für die Angreifbarkeit des Anteils entschieden hätten.

Dagegen haben Levy[1]) und Kretzschmar[2]) mit Recht eingewendet, daß die Motive nur auf § 1114 BGB. Bezug nehmen, daß in der ZPO. die Normierung dieser Vorschrift nur erfolgt sei, um aus der durch § 1114 erfolgten materiellen Gleichstellung des Anteils eines Miteigentümers mit einem Grundstück die prozessualen Folgerungen zu ziehen.

Der § 864, II besage weiter nichts, als daß es an sich unmöglich sei, Bruchteile eines Grundstücks zur Zwangsvollstreckung zu bringen, außer wenn es sich um Anteile eines Miteigentümers handle und diese auf Grund des § 1114 hypothekarisch belastet seien.

Für die entscheidende Frage, wer den Zugriff in den einzelnen Anteil hat und in welcher Höhe er gegeben ist, aber beweist dieser Paragraph nichts. Diese Frage läßt sich nur aus den materiellrechtlichen Vorschriften beantworten; denn die prozessualen Vorschriften sollen doch nur die Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Vorschriften regeln.[3])

Wie oben hervorgehoben, weist Jäckel-Güthe[4]) darauf hin, daß die Motive u. a. unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts[5]) dazu gekommen seien, die Zwangsversteigerung des Gläubigers in den einzelnen Anteil selbst dann zuzugeben, wenn der Gläubiger in der Lage wäre, aus dem ganzen Grundstück seine Befriedigung zu suchen.

Da die in dieser Entscheidung dargelegte Auffassung des Reichsgerichts von Schrifttum und Rechtssprechung entweder unwidersprochen übernommen wurde oder mindestens insofern sich durchsetzte, als man, selbst bei theoretischem Protest gegen das Bestehen einer Gesamthypothek[6]) zu demselben Ergebnis gelangte, ist die Stellung des Reichsgerichts zu dieser Frage näher zu erörtern.

B II c) Der Fall, den das Reichsgericht damals[7]) unter der Herrschaft des ALR. zu entscheiden hatte, enthielt eigentlich im großen ganzen schon die von uns zur Diskussion gestellte Frage.

---

1) Gruchot 59, S. 104.
2) JW 1915, S. 771.
3) s. dazu Kretzschmar, S. 771.
4) Vorbem. A II, 4.
5) RG. 20, S. 271/2.
6) Planck III zu § 1132, 2 c; Staudinger zu § 1132, Anm. 4;
7) RG. v. 28. 1. 1888, Bd. 20, S. 270 ff.

Die Klage des Hypothekengläubigers wegen der ganzen Forderung in einen Miteigentumsanteil war in der Vorinstanz abgewiesen worden, da der Gläubiger, dem ja das ganze Grundstück verpfändet sei, nicht für berechtigt gehalten wurde, den Anteil eines einzelnen zur Zwangsvollstreckung zu bringen. Zwar ergreife das Pfandrecht die ganze dem Gläubiger verpfändete Sache, also auch ihre einzelnen Teile. Darauf folge aber noch nicht die Befugnis des Gläubigers, einen beliebigen von ihm herausgegriffenen Teil der Sache zum Gegenstand der Pfandverfolgung zu machen; denn die Ausscheidung von Teilen sei Sache des Eigentümers, nicht des Gläubigers. Solange eine solche in rechtswirksamer Weise nicht stattgefunden habe, könne der Gläubiger die Sache nur so, wie sie ihm verpfändet worden sei, in Anspruch nehmen.[1])

Das Reichsgericht schloß sich dieser Beweisführung nicht an.

Daß der Gläubiger sich an jeden vom Eigentümer ausgeschiedenen realen Teil der Sache wegen der ganzen Forderung halten dürfe, sei einer näheren Erörterung nicht wert. Die Frage sei eben, ob auch bei Bildung idealer Teile durch den Eigentümer dem Gläubiger dieselbe Befugnis gegeben sei. Das sei zu bejahen. Miteigentum bestehe nach den Vorschriften des ALR. in einer Teilung des Eigentumsrechtes. Es erfolge hierbei jedoch keine qualitative Teilung der im Eigentum liegenden Befugnisse, das Recht jedes Teilnehmers sei vielmehr seiner Anlage nach volles nur durch das Recht der anderen beschränktes Eigentumsrecht.

Man habe deshalb diese Teile im Verhältnis zum Eigentum an der ganzen Sache nicht als ein aliud, sondern ein minus aufzufassen.

„Ein Grund, weshalb diese durch die Teilung gebildeten Rechtsobjekte anders als reale Teile in betreff der Pfandhaftung beurteilt werden sollten, besteht nicht."

Der das Pfandrecht beherrschende Grundsatz, daß das Pfandrecht sich sowohl auf das ganze wie auf die einzelnen Teile erstrecke, müsse gleichmäßige Anwendung auf reale und ideale Teile finden.[2])

Gegen diese mit so absoluter Sicherheit vorgebrachte Gleichstellung realer und idealer Teilung, wie sich nach Ansicht des Reichs- II d)

---

1) RG. 20, S. 271.
2) RG. 20, S. 272.

gerichts daraus ergibt, daß die Anteile volles Eigentum und im Vergleich zum Eigentum an der ganzen Sache nicht ein aliud, sondern ein minus seien, wendet sich Leo.[1]) Er bemerkt dazu: „Dieser angebliche Grund des Reichsgerichts ist in Wahrheit die Verneinung eines Grundes. Etwas bloß Gedachtes wie ein ideeller Anteil ist seinem Wesen nach etwas völlig Anderes als das selbstständige Stück der Außenwelt, das durch wirkliche Teilung entsteht."

Eine Gleichstellung sei nur da möglich, wo das Gesetz oder zwingende Rücksichten der Rechtslogik sie erforderten.

Aber anstatt zu prüfen, ob nicht auf Grund der Bestimmungen des BGB. — das Reichsgericht hatte doch seine Entscheidung noch unter der Herrschaft des ALR. gefällt — diese Auffassung des Reichsgerichts sich halten lasse, bringt Leo eine ganz neue Konstruktion.

Er verwirft die herrschende Lehre über die Gesamthypothek, wonach jeder Eigentumsanteil mit der ganzen Hypothek belastet sei, da dies nach seiner Ansicht zu unvernünftigen und widersinnigen Ergebnissen führe.[2])

Es sei einfach unausdenkbar, daß eine einheitliche Hypothek an einem Grundstück sich durch Teilung des Grundstücks plötzlich in eine der Zahl der Teile entsprechende Anzahl von Gesamthypotheken verwandle, bis schließlich der Hypothekar vielleicht 100 Hypotheken in der gleichen Höhe habe.

An einigen Beispielen[3]) sucht er dann die seiner Meinung nach verwickelten Verhältnisse, die durch eine derartige Verteilung geschaffen würden, darzulegen, um uns schließlich eine eigene Lösung vorzuschlagen.[4])

Der Bruchteil eines Grundstücks wie eines sonstigen Rechts sei ein verkleinertes Abbild des ganzen. Wenn man die Einzelteile, gewissermaßen die Moleküle des Ganzen zusammenfügte, müsse das Ganze unverändert entstehen. In jedem Bruchteil seien die Lasten und Rechte des Ganzen enthalten. Aber so gut wie dem Miteigentümer das Eigentum nur zum entsprechenden Teile zustehe, so gut sei es mit den sonstigen Rechten und Lasten der Fall. Auf dem halben Eigentumsanteil lasteten deshalb die Hypotheken seines Erachtens auch zur Hälfte.

---

[1]) Gruchot 54, S. 258 ff.
[2]) Gruchot 54, S. 263.
[3]) ebd. S. 258.
[4]) ebd. S. 263 ff.

Schon vom praktischen Standpunkte aus läßt sich gegen Leos Ansicht einwenden, daß seine Verteilung nur richtig wäre, wenn wirklich jede Hälfte, jedes Drittel usw. des Grundstücks gleich wertvoll wäre. Man vergegenwärtige sich einmal folgenden Fall: Ein Grundstück, das mit einer Hypothek von 100 000 Mk. belastet ist, wird geteilt; der Gläubiger will die eine Hälfte von nur geringem Werte aus der Pfandhaftung entlassen, dann müßte er mit ihr, wenn man Leo folgt, auch die Hälfte der Lasten in Höhe von 50 000 Mk. sich entgehen lassen. Eine Pfandentlassung wäre durch Leos Konstruktion praktisch unmöglich gemacht.

Schon diese praktische Folgerung zeigt die Ungerechtigkeit einer solchen Lösung.[1])

Viel schwerer ist der theoretische Fehler, den Leo bei seinem Aufbau begeht. Er teilt jedem Eigentumsbruchteil einen Hypothekenteil (genauer Hypotheken- und Forderungsteil) zu, macht also aus der einen Hypothek samt zugehöriger Forderung eine der Zahl der vorhandenen Eigentumsbruchteile entsprechende Zahl von Einzelhypotheken und Einzelforderungen, ohne zwischen den einzelnen Bruchteilen samt der auf ihnen lastenden Hypotheken und Forderungsteilen noch irgend ein Band zu lassen. In seiner Vorstellung gibt es also nur eine Mehrheit von Haftungsgegenständen bei einer Mehrheit von haftungsberechtigten Forderungen und Hypotheken.[2])

Dadurch beweist Leo, daß ihm das wesentlichste Merkmal der Gesamthypothek entgangen ist. Schon oben wurde dargelegt, daß das Wesen der Gesamthypothek darin besteht, daß bei Einheit der haftungsberechtigten Forderung und Hypothek eine Mehrheit von Haftungsgegenständen für dieselbe Forderung einstehen und zwar in der Weise, daß jeder Bruchteil für die ganze Forderung haftet. Diese Belastung gilt natürlich nur unter auflösender Bedingung, d. h. sie erlischt, wenn der Gläubiger aus einem der Haftungsgegenstände seinen Betrag erlangt. Der Gläubiger hat also das Recht, aus einem Teil die ganze Forderung herauszuholen, was durchaus nicht widersinnig ist, „da niemand behauptet, daß aus einem Grundstück oder Bruchteil eines solchen mehr an Wert

---

[1]) s. hierzu Meyer, S. 282.
[2]) so auch Meyer, S. 283.

herausgeholt werden kann, als darin ist. Man will nur für jeden Teil das Herausholungsrecht haben."[1])

Weil Leo dies verkennt, glaubt er eine vernünftigere Regelung der Gesamthypothek geben zu müssen, die aber, wie er selbst gesteht, positiver Rechtssätze entbehrt[2]).

Einen ähnlichen Fehler begeht Marcusen[3]). Er will im Falle des Uebergangs des Grundstücks in Miteigentum das Entstehen einer Gesamthypothek deshalb ablehnen, weil in einem solchen Falle keine Mehrheit von Pfandrechten entstanden sei, sondern nur ein einziges Pfandrecht vorliege. Daß aber bei der Gesamthypothek gleichfalls ein Pfandrecht bestehen bleibt, die Aenderung vielmehr in der Mehrheit der Haftungsgegenstände liegt, scheint auch er nicht beachtet zu haben.

In seinen weiteren Ausführungen verwickelt er sich noch in einen Widerspruch. Obgleich er der Ansicht ist, daß durch dieses Geschäft inter tertios das Recht des Gläubigers nicht berührt werde, gibt er ihm schließlich ein Zugriffsrecht für die ganze Forderung gegen jeden der Miteigentumsanteile. Woher der Gläubiger sich dieses Recht nehmen darf, erklärt er nicht.

Nach Meikel[4]) verwandelt sich die am Grundstück bestehende Hypothek, wenn Alleineigentum in Miteigentum übergeht, deshalb nicht in eine Gesamthypothek, weil die Hypothek nach wie vor „auf dem Grundstück", also nicht auf den Eigentumsanteilen laste. Es sei also erst ein Willensakt der Parteien nötig, damit durch diese Hypothek auch die Anteile belastet würden. Meikel muß dieser Auffassung sein, weil er durch eine Hypothek nur das Grundstück, nicht auch das Eigentum als belastet ansieht. Da wir uns mit dieser Frage im folgenden eingehend zu beschäftigen haben, dürfen wir hier darauf verweisen[5]).

Die zweite wichtige Einwendung Meikel's, bezüglich der Entstehung einer Gesamthypothek bei Uebergang eines Grundstücks in Miteigentum müsse man es auf die Willensrichtung der Parteien beim Eigentumsübergang abstellen, ist schon von Pallasky[6]) widerlegt worden, der folgendes sagt:

---

1) Meyer, S. 283.
2) Leo aaO. S. 264.
3) aaO. S. 230.
4) aaO. S. 350 auch Tappen aaO. S. 12.
5) Siehe S. 17. ff. dieser Arbeit.
6) Pallasky, aaO. S. 34 ff.

„Meikel legt auf die Ermittelung des Parteiwillens Gewicht und will dadurch einer der Verkehrsanschauung widersprechenden Gesetzesauffassung vorbeugen. Der Parteiwille als Unterscheidungsmerkmal kann aber nur in Betracht kommen bei einer Belastung des Grundstücks oder der Anteile *nach* Begründung des Bruchteilseigentums, nicht aber für die Frage, ob durch Begründung von Bruchteilsmiteigentum aus der an dem Grundstück bestehenden Hypothek ipso iure eine Gesamthypothek wird. Aber auch für einen solchen Fall verlangt er einen hierauf bezüglichen Willensakt der Beteiligten. Bei dieser Ablehnung einer ipso iure entstandenen Gesamthypothek verkennt er, daß die einzelnen Anteile durch die Grundstückshypothek ohne weiteres selbständig belastet sind[1]) und mithin ein Willensakt der Beteiligten zur Herbeiführung einer solchen Belastung ausgeschlossen ist."

Leo hat also bei seiner Polemik gegen das Reichsgericht das Problem nur gestreift. Es bleibt demnach immer noch fraglich, ob nicht dieser ideelle Teil, von dem das Reichsgericht als einem Minus spricht, doch von der Hypothek am ganzen Grundstück mitbelastet wird und etwa auf Grund gesetzlicher Vorschriften für die Zwangsvollstreckung einem realen Teil gleichzusetzen wäre.

Diese Frage will *Levy*[2]) grundsätzlich lösen. BIIe)

1

Er gibt zunächst zu, daß die Ansicht des Reichsgerichts, wonach der ideale Eigentumsanteil sich im Verhältnisse zum Eigentum an der ganzen Sache als ein minus darstelle, richtig sei.

Gegenüber Grundstücksbelastungen jedoch sei dies nicht der Fall; diesen gegenüber sei er ein aliud.[3])

Um dies zu beweisen, prüft er in eingehender Untersuchung die dinglichen Rechtsverhältnisse am Grundstück.

Die Hypothek sei dingliche Belastung der vom Gesetze (§§ 1113—1131) für sie vorgesehenen Haftungsgegenstände. Hafte ihr ein einheitlicher realer Gegenstand, so auch ein minus dieses Gegenstandes, das, was weniger sei, als er selbst; nicht aber jedes irgendwie denkbare minus desselben Gegenstandes. Es könne also nur das als ein minus ihres realen Haftungsgegenstandes angesehen werden, was bereits zur Zeit der Belastung in ihm liege.

---

[1]) wie durch die folgenden Ausführungen bewiesen werden wird.
[2]) Gruchot 59, vor allem S. 87 — 107.
[3]) ebenda S. 92.

Jeder an sich denkbare Gegenstand, der mit jener Hypothek nicht belastet sei, also außerhalb des Haftungsgegenstandes liege, sei der Hypthek gegenüber ein aliud, auch wenn er unter irgend welchen Gesichtspunkten an sich als minus dieses Haftungsgegenstandes erscheinen möge. Infolgedessen sei auch jeder Rechtsvorgang in Bezug auf dieses andere minus desselben Gegenstandes, das in Wahrheit ein aliud sei, für die Beziehungen zwischen Hypothek und ihrem Haftungsgegenstand rechtsunerheblich.[1])

aa) Er stellt somit für die Beantwortung unseres Themas grundsätzliche Frage, ob der an sich (nach § 1114) belastbare „Bruchteil eines Grundstücks" der Realgrundstückshypothek gegenüber das minus oder das aliud sei und beantwortet sie dahin, daß der Anteil ein aliud sei, weil die Belastung des Anteils wesensverschieden von der des Grundstücks sei.

Belastet mit der Grundstückshypothek sei zunächst einmal nicht das Eigentum, sondern das reale Grundstück.

Beides, Eigentum und Hypothek seien dingliche Rechte am Grundstück. Das Eigentum als umfassendstes Herrschaftsrecht sei einer Belastung durch beschränkt dingliche Rechte nicht fähig. Diese seien nur an den Sachen denkbar. Das Eigentum sei nur qualifizierbar, z. B. als Gesamt- oder Bruchteilseigentum. Auch an eigentümerlosen Sachen seien beschränkte Rechte möglich (z. B. im Falle des § 928). Schließlich entspräche dem auch der Wortlaut des Gesetzes (§§ 1113, 873, 1009, 928).[2])

bb) Damit ist natürlich noch nichts ausgesagt über die Belastung des Miteigentumsanteils. Seine rechtliche Natur festzustellen, ist deshalb für Levy der weitere Schritt; denn, falls der Anteil sich als ein wenn auch ideales Stück des Grundstücks darstellen sollte, müßte sich die Belastung des Grundstücks auch auf ihn erstrecken, da er ja in diesem Falle im Haftungsgegenstande der Hypothek läge. Der Anteil darf deshalb für Levy nur in der Sphäre des Eigentums liegen, das, wie er ja nachgewiesen zu haben glaubt, nicht belastet ist.

Zur Feststellung der Rechtsnatur des Anteils geht Levy[3]) davon aus, daß das Miteigentum eine Unterart der Gemeinschaft

[1]) Levy, aaO., S. 93.
[2]) Levy, aaO., S. 94.
[3]) aaO., S. 95.

nach Bruchteilen sei, für das außer den allgemeinen Vorschriften der §§ 741 u. ff. noch die Sondervorschriften der §§ 1008—1011 gelten. Darnach stehe ein Recht — hier das Eigentum — mehreren zu. Es bestehe also ein Eigentum am Grundstück. Dieses eine Recht stehe einem jeden der Teilnehmer zu einem Anteil, seinem Bruchteile zu (§§ 741, 742); es erstrecke sich auf das ganze Grundstück; denn nicht das reale Grundstück, sondern das Recht sei geteilt (§ 1008), d. h. wie es das Reichsgericht in seiner obengenannten Entscheidung[1]) ausdrücklich erklärt, in der Weise beschränkt, daß jedem der Teilnehmer das Recht der anderen entgegenstehe.

Der „Bruchteil eines Grundstücks", von dem das Gesetz spreche, sei also identisch mit dem Anteil eines Miteigentümers am Eigentumsrechte, die Belastungen dieses Bruchteils seien also in Wahrheit Rechte am Anteilsrechte des Miteigentümers.

Allerdings könnte der Einwand gemacht werden, daß der Gesetzgeber im § 1114 sich doch des Ausdrucks „Bruchteil eines Grundstücks" bediene. Doch mag dies wohl in der Vorstellung begründet sein, daß die Hypothek an sich nur mit dem Grundstück in Beziehung gebracht werden kann.

Wenn also daran festgehalten werden muß, daß der Bruchteil des Miteigentümers Anteil am Eigentumsrecht nicht Bruchteil des Grundstücks ist, so kann doch eine mittelbare Beziehung zum Grundstück nicht geleugnet werden, da sich ja die Rechte des einzelnen Miteigentümers, die ihm sein Anteil gibt, an dem Gegenstand des Eigentumsrechtes, dem Grundstücke, auswirken.

Nachdem Levy bewiesen zu haben glaubt, daß dieser Bruchteil nicht Grundstücksbruchteil, sondern Anteil am Rechte sei, geht er noch weiter und behauptet, daß dieser Anteil nicht einmal mehr dem Eigentumsrechte kongruent sei, sondern infolge der aus der Gemeinschaft der Miteigentümer sich ergebenden Rechte und Pflichten, fremde im Eigentum nicht vorhandene Bestandteile enthalte, somit also in doppelter Hinsicht den Belastungen des Grundstücks gegenüber sich als ein aliud darstelle.[2])

Die Folgerungen, die er daraus zieht, sind leicht ersichtlich. Da sich herausgestellt habe, daß der Anteil des Miteigentümers im Verhältnis zur Grundstückshypothek ein aliud sei, könne diese ihn

[1]) RG. 20, 270 ff.
[2]) Levy, aaO., S. 97.

auch nicht belasten. Die Entstehung einer Gesamthypothek im Sinne des § 1132 sei also unmöglich.

II c) 2 aa) Gegen dieses von Levy folgerichtig ausgebaute System wird von Kretzschmar,[1]) der im Ergebnis mit ihm übereinstimmt, ein wichtiger Einwand erhoben. Er nimmt Levy eine seiner Hauptstützen durch die Behauptung, es sei gar nicht zutreffend, daß das Eigentum keine Belastung vertrage, daß die begrenzten dinglichen Rechte nicht das Eigentum, sondern das Grundstück belasteten. Levy habe den Ausdruck „Belastung", der doch nur bildlich zu nehmen sei, zu wörtlich genommen. Der Ausdruck „Belastung" solle doch nur die dingliche, d. h. gegen jedermann — auch gegen jeden Rechtsnachfolger des Bestellers der Hypothek — gerichtete Wirkung des Rechts andeuten.

Da im übrigen den Gegenstand des Rechtsverkehrs, auch wo es sich um Sachen handle, die subjektiven Rechte bildeten, sei nicht das Grundstück, sondern das Eigentum daran als der Gegenstand der „Belastung" aufzufassen; denn durch die begrenzten Rechte erfahre das Vollrecht des Eigentümers eine Einschränkung, die ihm je nach der Art des betreffenden begrenzten Rechtes entweder das volle Recht des Gebrauchs oder der Benutzung der Sache nehme oder ihn, wie bei der Hypothek, dazu zwinge, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu dulden. In jedem Falle sei es also das Eigentum, gegen das sich die begrenzten Rechte richteten, auch spreche die GBO. (im § 19), die zur Eintragung solcher Rechte die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihnen betroffen werde, verlange, sich deutlich genug darüber aus, worauf sich die Belastung erstrecke.[2])

Der Hinweis Levys auf § 928 und die Tatsache, daß auch eigentümerlose Sachen weiter verhaftet blieben, sei nicht stichhaltig, da sich eine etwaige Zwangsversteigerung doch gegen das Aneignungsrecht des Berechtigten und dadurch mittelbar gegen das Eigentum richte. Levy verwechsele also den Gegenstand der Haftung mit dem subjektiven Rechte, gegen das die Hypothek gerichtet sei und das in Wahrheit Gegenstand der Belastung sei.[3])

Man muß Kretzschmar recht geben, wenn er den engen Begriff Levys von der Belastung einer Sache ablehnt. Eine Ein-

---

[1]) JW. 1915, S. 771—774.
[2]) JW. 1915, S. 773.
[3]) ebd. S. 773; s. auch Weber aaO., S. 39.

wirkung auf eine fremde Sache ist gar nicht denkbar, ohne daß dadurch das Eigentumsrecht des an ihr Berechtigten irgendwie in Mitleidenschaft gezogen wird. Deshalb ist auch eine Trennung von Sache und Eigentum an der Sache nicht möglich. Beide sind miteinander so eng verknüpft, daß jede Einwirkung auf die Sache sich zugleich gegen das Recht des Eigentümers richtet. Es muß deshalb jedes begrenzte Sachenrecht, das dem Berechtigten eine teilweise Beherrschungsbefugnis über die Sache gibt, notwendig zu einer Beschränkung desjenigen Rechtes führen, das an sich die Fülle aller Herrschaftsmöglichkeiten in sich begreift;[1]) denn dem Eigentum, der Quelle aller Herrschaftsbefugnisse, entnimmt der begrenzt Berechtigte einzelne derselben, sodaß man mit Wolff das begrenzte Recht als verselbständigten Teilinhalt des Eigentums bezeichnen kann: „Es enthält nichs als was schon im unbelasteten Eigentum steckt."

Wolff wendet geradezu den Ausdruck „belastet" auch auf das Eigentum an.

Damit soll durchaus nicht geleugnet werden, daß der Idee nach das Eigentum die oberste, umfassendste, schrankenlose Macht über einen körperlichen Gegenstand darstellt. Aber da in der Praxis die Ideen in ihrer Weite und Reinheit stets undurchführbar bleiben werden, läßt sich auch die Idee des Eigentums in der durch ihren Begriff geforderten Schärfe praktisch nicht durchführen. Dasselbe objektive Recht, das sie geschaffen, muß das Eigentum mit Rücksicht auf das gemeine Wohl vielfach begrenzen und auch die Rechtsverhältnisse der einzelnen Menschen untereinander erfordern sogar im eigensten Interesse der Beteiligten recht oft eine Einschränkung der rechtlichen Herrschaftsmöglichkeit des Eigentümers.

„Die rechtliche Möglichkeit unbeschränkter Verfügung gilt somit innerhalb der durch den objektiven Rechtswillen und durch (zufällige) unmittelbare Berechtigungen Dritter gezogenen Grenzen."[2])

Für den reinen Idealisten, wie Levy einer zu sein scheint, bleibt ja immer noch ein Weg, dieser Idee näher zu kommen, wenn er bedenkt, daß, wenn auch in konkreten Falle durch dingliche Rechte Dritter das Eigentum beschränkt ist, nie die Möglichkeit ausgeschlossen wird, daß diese einmal wegfallen und dann das Eigentum infolge der ihm innewohnenden Expansivkraft seinen unbeschränkten Umfang

[1]) Wolff aaO. § 51 II.
[2]) Randa aaO. S. 1 ff.

wiedergewinnt. Diese Kraft selbsttätiger Ausdehnung ist es gerade, die das Eigentum von all den anderen dinglichen Rechten, die aus sich heraus sich niemals zu voller rechtlicher Herrschaft über eine Sache entwickeln können, ganz wesentlich unterscheidet.

Noch ein kurzer Hinweis auf einen wesentlichen Unterschied von Eigentum und den übrigen dinglichen Rechten sei gestattet. Eigentum bedeutet nicht die Summe von bestimmten Machtbefugnissen über eine Sache, sondern die begriffsmäßige Einheit der über dieselbe denkbaren bestimmten rechtlichen Machtvollkommenheit. Die dasselbe beschränkenden dinglichen Rechte wie Servituten, Pfandrechte etc. erscheinen dagegen als selbständige eigenartige und unmittelbare rechtliche Befugnisse an fremder körperlicher Sache, die aus dem Umfange der dem Eigentümer zustehenden Befugnisse das eine oder andere herausnehmen und in soweit denselben an ihrer Ausübung behindern d. h. das Eigentum belasten.

Ein Blick auf das alte römische und mittelalterliche Recht lehrt übrigens, daß von jeher eine Beschränkung des Eigentumsrechtes anerkannt wurde.

„Dem römischen Rechte war der Gedanke der sozialen Gebundenheit des Grundeigentums von Haus aus nicht fremd; erst in der Kaiserzeit ist eine Umgestaltung des Eigentumsbegriffes nach der absolutistischen Seite hervorgetreten, ohne daß doch jemals die Beschränkbarkeit des Eigentums geleugnet worden wäre."

„Endlich wurde auch im Rechte des Mittelalters stets die Beschränkbarkeit des Eigentumsrechtes festgehalten und als mit seinem Wesen vereinbar angesehen. Es gab mannigfach abgestuftes Grundeigentum: neben dem vollen, echten, freien, ledigen etc. Eigen, daß sämtliche Herrschaftsrechte in sich schloß, die die erreichte Stufe der wirtschaftlichen Kultur und die tatsächlichen Umstände irgend gewährten, stand das belastete, zinspflichtige etc. Eigen, das in der Mitberechtigung anderer seine mehr oder minder eingreifende Schranke fand." [1])

Von neueren Schriftstellern wollen wir nur noch Gierke anführen, der sich wie folgt äußert: [2]) „Allein das Eigentum schließt nur andere auf Vollherrschaft nicht andere auf Teilherrschaft angelegte Privatrechte an der Sache aus. Die begrenzten dinglichen Rechte

[1]) so Hübner aaO. S. 225/26 u. S. 224.
[2]) Gierke aaO. 2, § 120, S. 366.

sind für uns gleich unmittelbare Sachenrechte, wie das Eigentum selbst. Ihr Inhalt ist ein abgezweigter Teil des Eigentumsinhaltes. Weil und soweit sie aber ein Teilinhalt der Sachbeziehung in dem Machtbereich des Berechtigten verlegen, machen sie diesem die Sache teilweise zugehörig."

Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte spricht von „belastetem Eigentum."[1])

Im Schrifttum herrscht also die mehr oder minder deutlich ausgesprochene Auffassung, daß die begrenzt dinglichen Rechte auch das Eigentumsrecht belasten.

Man darf deshalb Kretzschmars Ansicht beipflichten, wenn er auch mit seiner Anschauung, nur Rechte seien Gegenstand des Rechtsverkehrs, soweit geht, daß er in Gefahr ist, nur noch subjektive Rechte ohne die Objekte, auf die sie sich beziehen, zu sehen. Schließlich empfangen doch subjektive Rechte ihren Sinn nur durch die Beziehung zu ihren Objekten.

Diese Beweisführung Kretzschmars hat Levy eines seiner II c) 2 bb)
wichtigsten Argumente beraubt. Nichts destoweniger glaubt er im Ergebnis Levys Ausführungen zustimmen zu müssen. Er begründet das mit der Behauptung, das Eigentum am ganzen Grundstück und der Anteil eines Miteigentümers seien rechtlich verschiedenen Inhaltes, sodaß er wie Levy den Anteil nicht als ein minus, sondern ein aliud im Verhältnis zum Eigentum betrachtet.[2])

Mit Levy[3]) geht er von § 741 aus und folgert aus der 2 c) 2 cc)
Gemeinschaftlichkeit des Rechtes, daß ein Geteiltsein begrifflich ausgeschlossen sei. Bei keiner Rechtsgemeinschaft finde während ihres Bestehens eine Teilung des gemeinschaftlichen Rechtes statt; die Rechtsanteile der Gemeinschafter seien relativ unselbständige miteinander verknüpfte Bestandteile des ganzen gemeinschaftlichen Rechtes und der bei Miteigentum als Bruchteil des Grundstücks bezeichnete Anteil eines Miteigentümers bedeute nur das Wertverhältnis zwischen Ganzrecht und Teilrecht, nicht seinem rechtlichen Inhalt und dessen Begrenzung. Der rechtliche Inhalt des Anteils unterscheide sich von dem des Alleineigentums dadurch, daß die Eigentumsbefugnisse nur allen zusammen zuständen, während die Miteigentümerbefugnisse durch

---

[1]) RGR.-Komm. § 1132 Anm. 5; auch Dernburg, pr. Privatrecht I, § 274, S. 595.

[2]) JW. 1915, S. 773.

[3]) aaO. S. 95.

die innere Ordnung der Gemeinschaft geregelt würden. Da diese innere Ordnung ihre Wirkung auch Dritten gegenüber äußere — Kretzschmar meint hier wohl eine Vorschrift wie die des § 747 I, der dem Miteigentümer die freie Verfügung über seinen Anteil gibt, — verleihe sie dem Miteigentum eine vom Alleineigentum wesensverschiedene Beschaffenheit. Der Anteil sei also den Belastungen des Eigentums gegenüber ein aliud, nicht ein minus.

Wir können die in diesem Punkte etwas sparsam gehaltenen Ausführungen Kretzschmars nur so verstehen, daß jeder der Miteigentümer in zwei ganz verschiedenen Rechtskreisen steht, einerseits im Kreise des Eigentums, dessen Befugnisse nur allen gemeinschaftlich zustehen, andererseits in dem der Gemeinschaft, von deren innerer Ordnung er bestimmte Befugnisse empfängt, die eine vom Alleineigentum verschiedene Beschaffenheit haben. Wenn Kretzschmar zum Beweise seiner Ansicht auf die Verschiedenartigkeit der Hypothekenbestellung beim ganzen Grundstück und dem Anteil und ebenso auf den Unterschied bei Verfügungen hinweist, darf man dem wohl entgegenhalten, daß dies zwar den Umfang der Befugnisse, nicht aber das Recht seinem Wesen nach berührt; denn in beiden Fällen liegen Rechtsgeschäfte vor, wie sie nur von einem Eigentümer vorgenommen werden können. Aber auch die Gemeinschaft mit ihrer inneren Ordnung und die daraus für die einzelnen Gemeinschafter gegeneinander entspringenden obligatorischen Verpflichtungen und Berechtigungen brauchen wir nicht als außerhalb der Sphäre des Eigentums liegend zu betrachten.

Die nötigen Grundlagen für diesen Beweis geben uns die Untersuchungen Engländers[1]) über das Wesen der Rechts-Gemeinschaft. Zum Verständnis seiner Lösung ist eine etwas ausführlichere Erörterung und Prüfung seiner dahin führenden Gedankengänge erforderlich. Sie rechtfertigt sich auch dadurch, daß ihre Ergebnisse für die Lösung der Aufgabe von ausschlaggebender Bedeutung sind.

B II f Wie Levy und Kretzschmar, betrachtet Engländer § 741 als die grundlegende Vorschrift, von der jede Untersuchung über das Wesen der Rechtsgemeinschaft ausgehen müsse. Als die Voraussetzung einer jeden Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts und damit zugleich als Grundzug ihres Wesens müsse der Satz festgehalten werden,

[1]) I, Grundlegung 1914.

daß ein Recht mehreren gemeinschaftlich zustehe. Um sich also über das Wesen einer solchen Gemeinschaft Rechenschaft zu geben, sei es nötig, die Untersuchung anzusetzen bei dem Begriffe der Zuständigkeit eines gemeinschaftlichen subjektiven Rechts.[1])

Während im Normalfall, beim Alleinrecht, ein Recht einer Person zustehe, sei das Charakteristikum der Rechtsgemeinschaft die Zuständigkeit eines Rechtsinhaltes an mehrere Personen gemeinschaftlich.

„Der eine Rechtsinhalt ist gemeinschaftlich zufolge der Mehrheit von Zuständigkeitsbeziehungen (subjektiven Bezogenheiten)."[2])

Unter Rechtszuständigkeit versteht er also die subjektive Seite des subjektiven Rechts, die Beziehung des Rechtsinhaltes zum Subjekt, kurz „die aktive Funktion des subjektiven Rechts."

Das bedeute, daß ein solcher Rechtsinhalt hinsichtlich des Gesamtbestandes seiner Einzelbefugnisse durch die Art seiner subjektiven Bezogenheit nicht berührt werde. Er bleibe in beiden Fällen derselbe, ob er nun auf eine oder mehrere Personen bezogen werde. Der Unterschied liege vielmehr in der Verschiedenheit des rechtlichen Aufbaus des mehrheitlich zuständigen Rechts. Ein und dasselbe Recht habe sozusagen verschiedene Aggregatzustände.[3]) Damit kommt Engländer zu der ersten grundlegenden Erkenntnis von der Konstanz des Rechtsinhaltes bei Wechsel der Zuständigkeitsformen.[4]) Es können also die Rechtsstellungen der einzelnen, und das ist für unsere Frage wichtig, zusammengenommen nicht „plus iuris" auch nicht „minus iuris", sondern immer nur das ergeben, was ein Alleinberechtigter dieses Rechts haben würde.

Eine mehrheitliche Zuständigkeit, die zu der einheitlichen in wahren Gegensatz zu treten befähigt ist, kann Engländer also nur durch eine solche Bezogenheit des Rechtsinhaltes auf mehrere erfüllt sehen, daß jeder der Mitberechtigten eine unmittelbare Beanteilung am Inhalt des gemeinschaftlichen Rechtes, an allen diesen Inhalt ausmachenden Befugnissen erhalte.

Jedoch nicht in dem Sinne, daß wie im Falle der Einzelzuständigkeit einem jeden der ganze Rechtsinhalt vermittelt würde, da dies dem Grundsatze der Konstanz des Rechtsinhaltes wider-

[1]) Engländer I, § 3.
[2]) ebd., S. 35.
[3]) Engländer I, S. 39.
[4]) ebd., S. 40.

spräche und die Rechtspositionen der einzelnen zusammengenommen „plus iuris“ ergäben. Die mehrheitlichen Zuständigkeiten sind ihm vielmehr „anteilige Zuständigkeiten“, die dem einzelnen eine Beanteiligung irgend welcher Art, einen „Anteil“ am gemeinschaftlichen Rechtsinhalt, an allen Befugnissen, die der Rechtsinhalt enthält, geben.

Der Anteil sei also die Gesamtheit der dem einzelnen Gemeinschafter zustehenden Befugnisse gerichtet auf Mitausübung des einen, allen Teilhabern gemeinsamen Rechtsinhaltes.

Das Wesen der Rechtsgemeinschaft lasse sich folglich dahin bestimmen, daß sich stets in dem einen rechtlichen Machtkreise (des einzelnen subjektiven Rechts) mehrere individuelle Rechtssphären unterschieden, daß in allen Fällen sich der gesamte gemeinsame Rechtsinhalt in Rechtsanteile gliedere, in denen und durch die er ausgeübt werde.[1])

Da ferner der eine Inhalt des Rechtes auf Grund des für die konkrete Gemeinschaft maßgebenden Verteilungsplanes, aber doch auf jeden in allen Befugnissen bezogen werde, folge daraus qualitative Gleichheit der Rechtsstellung der Gemeinschafter.

Engländer fügt seinem System damit einen weiteren Grundsatz hinzu des Inhaltes, daß bei jeder Rechtsgemeinschaft eine Gliederung des gesamten gemeinschaftlichen Rechtsinhaltes in einander qualitativ gleiche Rechtsanteile stattfinde.

In den folgenden Untersuchungen bekämpft er die herrschende Lehre von dem „Geteiltsein“ des Rechtes,[2]) weil dadurch zu sehr der Gedanke begünstigt werde, als handle es sich bei den Anteilen, den „Teilrechten“ um völlig getrennte selbständige Rechte, die nur durch das gemeinsame Objekt ihrer Beziehungen noch einen Zusammenhang hätten.[3]) Damit käme man zu einer Gegenstandsgemeinschaft, nicht aber zur Rechtsgemeinschaft. Eine solche Konstruktion aber sei dem positiven Recht zuwider, das bei einer derartigen Gemeinsamkeit des Objekts Rechtekollision (§§ 1024, 1060, 1090 Abs. 2), nicht aber Rechtsgemeinschaft annehme.

---

[1]) Engländer I, S. 108.
[2]) s. z. B. RG. 20, S. 272; Levy aaO., S. 95; Joerges aaO., S. 20 ff; Rümelin, S. 35 u. S. 74 ff; Cosack, 2, S. 451; Staudinger, zu § 1008 Nr. 1; Dernburg 1, § 222, S. 470.
[3]) z. B. Gierke 2, § 122 II, 2, S. 384.

Mangels einer scharfen Trennung und Herausarbeitung dieser Begriffe habe keiner der vielen Versuche zu einer befriedigenden Lösung des Wesens der Rechtsgemeinschaft geführt. Es helfe dazu weder eine völlige Verneinung der Bildung gegenstandsrechtlicher Anteile,[1]) noch die Annahme selbständiger Einzelrechte,[2]) sondern nur eine konstruktive Erklärung, die die Mitte halte zwischen diesen beiden extremen Anschauungen.

Mögen also die Anteile der Gemeinschafter nach positiv rechtlicher Bestimmung noch so eng verbunden — bei der Gesamthand — oder noch so stark verselbständigt sein — bei Miteigentum —, sie bleiben relativ unselbständige Bestandteile des einen subjektiven Rechtes, die durch eine besondere Art rechtlicher Synthese zu der einen Zuständigkeitsform des gemeinschaftlichen Rechts zusammengeschlossen werden.[3])

Diese besondere rechtliche Synthese ist für Engländer die sogenannte innere Ordnung der Gemeinschaft.

Zufolge dieser Ordnung erscheinen die Rechtsanteile nicht als selbständige getrennte Rechte, sondern als eigenartige, zusammengehörige, sich ergänzende und zu einem Dritten gegenüber abgegrenzten Rechtskreis zusammengeschlossene, notwendigerweise verbundene Rechtsstellungen.[4])

Wesentlich für die Rechtsgemeinschaft ist also nicht das Vorhandensein einer Mehrheit oder Summe von Einzelrechten, sondern das eines Systems von Rechtsanteilen.

Mit diesen Ausführungen Engländers kann man sich wohl einverstanden erklären. Schwierigkeiten erwachsen jedoch aus der Feststellung, daß innerhalb der Rechtsstellung des einzelnen Anteilsberechtigten sich eine klare Scheidung seiner rechtlichen Beziehungen gegenüber Dritten und gegenüber seinen Mitberechtigten ergibt. Die Beziehungen der ersten Art als dem Eigentumsrecht wesensverwandt und ihm entspringend zu erkennen, dürfte nicht schwer fallen. Zweifel sind nur berechtigt bezüglich der Innenbeziehungen der einzelnen Berechtigten zueinander, da man diese gegenseitigen Beziehungen, die doch teilweise obligatorischer Natur sind, als dem Eigentumsrechte

[1]) s. Eisele, Arch. f. ziv. Praxis 63, S. 27 ff. u. 37 ff; Doßmann aaO. S. 101.

[2]) Dernburg I, S. 557; Joerges, S. 20 ff; Staudinger zu § 1008 Nr. 1.

[3]) Engländer I, S. 153 u. 157.

[4]) Engländer, S. 161.

wesensfremd ansehen könnte. Man müßte dann mit Levy, Kretzschmar, Grimm[1]) u. a. den Anteil doch als ein neben das Eigentum zu stellendes Sonderrecht eigener Art bezeichnen.

Auch hierfür scheint uns Engländer eine Lösung zu geben.[2]) Er zeigt zunächst, wie notwendig es sei, daß der einzelne Anteilsberechtigte zu seinem Mitberechtigten in ein bestimmtes Verhältnis gebracht werde, falls nicht völlige Anarchie herrschen und durch eine allseitige ungehemmte Aktionsfreiheit geradezu eine Negation der vollen Rechtsausübung herbeigeführt werden solle. Es bedürfe also der Abgrenzung der Rechtsstellungen der Teilhaber im Inneren des gemeinsamen Rechtskreises, und dafür sorge eben jene innere Ordnung, die eine Ausgestaltung der sogenannten „inneren" oder „positiven" Seite des absoluten Rechtes sei.[3])

Die bei der Einzelzuständigkeit nicht erforderliche Absteckung der Grenzen der Einwirkungsbefugnis und Ausübungsbefugnis des Berechtigten gehöre bei der Mehrheitszuständigkeit zur inneren Struktur dieses Rechtes. Durch sie erst erlange der Anteil des einzelnen eine nähere inhaltliche Bestimmung.

Es sei also diese gesamte innere Ordnung eines gemeinschaftlichen Rechtes Bestandteil dieses Rechtes selbst in dieser seiner besonderen Form mehrheitlicher Zuständigkeit.[4])

Durch eine andere Auffassung, als die hier von Engländer vertretene würde man den Begriff des „gemeinschaftlichen Rechts" sprengen, sogar die notwendigerweise zusammengehörigen Befugnisse des Anteilberechtigten auseinanderreißen, während doch die Innenbeziehungen der Gemeinschafter mit ihren Außenbeziehungen organisch verbunden und konstruktiv vereinigt werden müssen.

Damit sind wir am Schluß der für den Fortgang unserer Lösung notwendigen Erörterungen und können jetzt den Anteil definieren als den „Inbegriff von inneren und äußeren gegenstandsrechtlichen Befugnissen, inhaltlich bestimmt durch die konkrete Gemeinschaftsordnung und ergänzt durch gewisse obligatorische Ansprüche gegen die anderen Gemeinschafter, die ihrerseits einem mit der gegen-

---

[1]) aaO., § 10, S. 29 ff; s. auch Ten Hompel aaO., § 8, S. 55.
[2]) Engländer § 9, S. 163 ff.
[3]) ebd. besonders S. 177 ff.
[4]) Engländer, S. 205 ff.

ständlichen inneren Ordnung untrennbar verknüpften, gesetzlichen Schuldverhältnis entspringen.[1])

Noch ein sehr wichtiges Argument gegen die von Levy und Kretzschmar vertretene Anschauung, die durch die Gemeinschaftsordnung begründeten Rechte seien eine Neuschöpfung dieser Gemeinschaft und machten deshalb diesen Anteil dem ursprünglichen Substrate wesensfremd, also zu einem aliud, sei als Abschluß hier angeführt.

Es wird von Pallasky in seiner Auseinandersetzung mit Levy gebracht[2]), gilt aber ebenso für Kretzschmar:

„Uebrigens läuft Levy mit der Behauptung, daß die Gemeinschaftsordnung die Verwaltungsbefugnisse begründe, Gefahr, den geschlossenen Kreis der dinglichen Rechte des BGB. zu sprengen und ein neues, außerhalb dieses Kreises stehendes Sachenrecht zu schaffen; denn dieser Fall würde eintreten, wenn die Gemeinschafter in der Lage sein sollten, mittels einer ihre Rechte und Pflichten bestimmenden Ordnung die Verwaltungsbefugnisse zu erzeugen, die dann als Rechte zu gewissen Einwirkungen auf die gemeinschaftliche Sache sich als ein neues Sachenrecht darstellen und nunmehr als ein völlig selbständiges Sachenrecht neben den übrig bleibenden Inhalt des Eigentumsbruchteils treten müßten, sodaß schließlich der Miteigentümer mehrere völlig verschiedene Sachenrechte in seinem Anteile vereinigen würde und endlich die bei der Teilung eines Rechtes entstandenen Teile ihrem Substrate wesensfremd wären! Wohl aber läßt sich annehmen, daß die Verwaltungsbefugnisse als unmittelbar aus der Teilung des Eigentums hervorgegangene und naturgemäß verselbständigte Eigentumsbestandteile, die zur Schaffung der Gemeinschaftsordnung geeignete Grundlage bilden.

Der Anteil enthält also nichts, was nicht schon im Eigentum liegt, vor allem kann er, da das Eigentum alles enthält, nicht mehr als alles enthalten, auch nicht in relativer Beziehung."[3])

Aus der Zusammenfassung unserer Ausführungen über Levy, II g a)
Kretzschmar und Engländer ergibt sich folgendes: Die Grundlage von Levys Beweisführung, das Grundstück nicht das Eigentum sei belastet, erscheint durch die Ausführungen Kretzschmars, denen wir uns anschließen, widerlegt. Wir fanden also, daß die Hypothek

[1]) ebd. § 9, S. 216.
[2]) Pallasky aaO., S. 26/27.
[3]) Pallasky aaO. S. 26/27.

das Eigentumsrecht des Berechtigten belaste, daß dieses von ihr betroffen werde (§ 19 GBO) und sie infolgedessen als verselbständigter Teilinhalt des Eigentums dem Gläubiger das Verwertungsrecht über die Sache gäbe.

Auch für die weiteren Thesen Levys und Kretzschmars, der Anteil sei dem Eigentume nicht mehr wesensgleich, sondern ein Sonderrecht eigener Art, also im Verhältnis zum Eigentum nicht, wie das Reichsgericht behauptet, ein minus, sondern ein aliud, wurde der Gegenbeweis geliefert durch die Feststellung, daß der Anteil, wenn auch noch so verselbständigt, sich nur als ein relativ unselbständiger Bestandteil des einen subjektiven Rechtes darstellt[1])

II g b) Die erste der zu Beginn unserer Erörterungen gestellten Fragen[2]) läßt sich somit folgendermaßen beantworten:

Die Real-Grundstückshypothek belastet nicht das Grundstück als solches, sondern beschränkt das Eigentum an ihm. Die Anteile der Miteigentümer aber stellen sich innerhalb des einen konstant bleibenden Rechtsinhaltes als relativ unselbständige zusammengehörige sich ergänzende Glieder des einen Rechtes (hier des Eigentumsrechtes), also ein minus im Sinne des Reichsgerichtes dar. Daraus folgt, daß auch sie nach dem das Pfandrecht beherrschenden Grundsatz, daß das Recht eines Hypthekengläubigers sich in Ansehung seiner Forderung sowohl auf das ganze, als auch auf die einzelnen Teile desselben erstrecke,[3]) mit von der Wirkung dieser Hypothek ergriffen werden, also mitbelastet sind.

Für die weitere Frage[4]) nach der Haftung eines jeden Anteils für die ganze Forderung läßt sich indessen aus diesem Ergebnis noch nichts folgern. Um dem Gläubiger den Zugriff in den Anteil in Höhe der ganzen Forderung zu geben, ist noch der Beweis zu liefern, daß diese Anteile auch selbständig belastet sind, daß jeder wie bei realer Teilung einem selbständigen Haftungsgegenstande gleichgestellt werden darf, auf dem die ganze Hypothek lastet. Gelingt uns dieser Nachweis, dann ist auch die zweite Frage nach dem Vorliegen einer Gesamthypothek bejaht.

---

[1]) Engländer § 8 IV, S. 156.
[2]) S. 8 d. Arbeit.
[3]) so RG. 20, S. 272.
[4]) ergänze „eingangs gestellte" (S. 8).

Einen Ausgangspunkt für diese Beweisführung geben zunächst B III
die Ausführungen des Reichsgerichts, das sich wiederholt[1]) zu dieser Frage geäußert hat.

In einer Entscheidung vom 16. März 1910 folgert es aus der auf Grund positiv rechtlicher Vorschriften (§§ 1008 und 1114) erfolgten Verselbständigung des Anteils, daß auch bei einer Belastung des ganzen Grundstücks die Hypothek *jeden Anteil selbständig belaste*. Nun aber macht das Reichsgericht eine völlig unerwartete, nicht erklärbare Einschränkung, wenn es weiter fortfährt: „Allerdings nicht in dem Sinne, daß eine Gesamthypothek entstünde; denn die Hypothek ist in einem solchen Falle, wenn auch *jeder der Anteile für sich einem Grundstück gleichzustellen* ist (!), doch nicht gemäß § 1132 an mehreren Grundstücken bestellt, sondern als Einzelhypothek an dem *einen* Grundstück."

Das Reichsgericht klammert sich hier also wie es scheint an den Begriff des Grundstücks als realen Stücks der Erdoberfläche, obwohl doch im BGB. dieser Begriff nicht so definiert ist und ausdrücklich mehrfach *grundstücksgleiche* Rechte anerkannt werden.

Umso merkwürdiger ist dann der Schlußsatz dieser Entscheidung: „Aber (!) jeder Anteil haftet für die ganze Forderung und im Falle der Zwangsversteigerung auch nur eines Anteils kann der Gläubiger in *voller* Höhe Befriedigung aus diesem Anteil fordern."

Mit *Stillschweig*[2]) kann man deshalb in diesem Protest des Reichsgerichts gegen den Charakter dieser Grundstückshypothek als Gesamthypothek nur einen theoretischen Protest erblicken. Gleicher Meinung scheint auch *Höchstädter*[3]) zu sein, wenn er die Ablehnung der Gesamthypothek durch das Reichsgericht nach all den Ausführungen des Reichsgerichts über die Rechtsnatur des Anteils und nach der im letzten Satze gegebenen Angreifbarkeit des Anteils für „durchaus gesucht und wenig überzeugend" hält.

Aehnlich wie das Reichsgericht begründen *Turnau-Förster*[4]) ihre Ablehnung einer Gesamthypothek, wenn sie sagen: „Steht das Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kommen die Miteigentumsanteile nicht in Betracht, wenn nicht diese Anteile, sondern das

[1]) JW. 1910, S. 473 u. Gruchot 55, S. 674.
[2]) JW. 1914, S. 8.
[3]) aaO. S. 93.
[4]) I zu § 1132 Anm. 4.

Grundstück selbst Gegenstand der Belastung ist. Die auf einem solchen Grundstücke eingetragene Hypothek ist keine Gesamthypothek, weil nur ein Grundstück verhaftet ist. Nicht durch die Mehrheit der Eigentümer, sondern durch die Mehrheit der Grundstücke wird eine Gesamthypothek begründet.

Fuchs[1]) kommt zu dem gleichen Ergebnis, weil er § 1132 so auslegt, daß unter den mehreren Grundstücken mehrere selbständige Grundstücke, also nicht mehrere Anteile, zu verstehen seien. U. E. ist es schon bedenklich, das Gesetz ohne Notwendigkeit ausdehnend auszulegen, in diesem Falle möchten wir sogar behaupten, daß der Gesetzgeber mit Absicht und zwar mit Rücksicht auf § 1114, der die Anteile grundstücksgleich behandelt, das von Fuchs unterstellte „selbständig" weggelassen habe.

Das Reichsgericht, Turnau-Förster und Fuchs lehnen also die Entstehung einer Gesamthypothek beim Uebergange eines belasteten Grundstücks in Miteigentum deshalb ab, weil nur ein Grundstück belastet sei. Sie verstehen alle unter dem Begriff Grundstück einen realen selbständigen Teil der Erdoberfläche. Nur das Reichsgericht erkennt auch eine selbständige Belastung der Anteile an, während diese von den beiden anderen abgelehnt wird.

Die Belastung der Anteile darf zwar nach dem Ergebnis der Ausführungen des ersten Hauptteils als bewiesen angesehen werden, fraglich ist aber noch, ob sie nicht doch gemäß § 1132 an mehreren Grundstücken besteht. Klarheit kann hier nur die Prüfung der Beziehungen der §§ 1113 und 1114 zu § 1132 bringen, wie sie von Meyer[2]) vorgenommen worden ist. Er führt gerade gegenüber der unkonsequenten Stellungnahme des Reichsgerichts etwa folgendes aus:

III 1 a) „§ 1113 bestimmt den Normalfall der Hypothek. Hier ist Gegenstand der Belastung ein Grundstück. § 1114 erweitert § 1113 dadurch, daß er den Anteil eines Miteigentümers am Grundstück als weiteren möglichen Gegenstand der Hypothek aufführt. Neben dem Normalfall des § 1113 tritt der in dem Anteile eines Miteigentümers „bestehende" Bruchteil eines Grundstücks als anormale Einheit des Belastungsgegenstandes. § 1132 bestimmt den Begriff der Gesamthypothek nach dem Normalfall des § 1113. Er

[1]) I zu § 1132, 1, I.
[2]) aaO. S. 281—287.

bezeichnet als wesentlich für den Begriff der Gesamthypothek die Mehrheit von Belastungsgegenständen und führt als Einheit des Belastungsgegenstandes die normale, das Grundstück, auf. Mehrere Grundstücke bilden in § 1132 allerdings den Gegensatz zu einem Grundstück, aber eben nur für den in § 1113 bezeichneten Normalfall, daß ein Grundstück als solches Gegenstand der Hypothek ist. Dies verkennt die herrschende Meinung. Für den Fall, daß nicht das Grundstück als solches, sondern der Bruchteil eines Grundstücks nach § 1114 Gegenstand der Hypothek ist, trifft § 1132 ausdrücklich keine diesbezügliche Bestimmung; denn durch § 1114 ist der Bruchteil in der Hand eines Miteigentümers als Hypothekengegenstand dem ganzen Grundstück gleichgestellt, wie das Reichsgericht ja daselbst anerkennt.[1]) Was von dem einen Hypothekengegenstande, dem ganzen Grundstück gilt, muß aber mangels gegenteiliger Bestimmung auch von dem anderen, dem Bruchteil, gelten. Hätte der Gesetzgeber diese Gleichstellung nicht gewollt, so wäre eine ausdrückliche hieraufgerichtete Bestimmung nötig gewesen. Ohne diese müssen alle Bestimmungen für die Hypothek am Grundstück auch auf die Hypothek am Bruchteil Anwendung finden."[2])

Beim Uebergang eines Grundstücks aus dem Alleineigentum III 1 b)
in Miteigentum hat man sich also die Sachlage wie folgt zu denken: Statt des einen Grundstücks mit einem Eigentumsrecht liegen jetzt mehrere ideelle Anteile vor, an denen mehrere Anteilseigner selbständige Rechte besitzen. Auf Grund gesetzlicher Vorschrift (§§ 1008 und 1114), ist diesen Anteilen Immobiliarqualität verliehen, sie gelten für hypothekarische Belastung als grundstücksgleich, es müssen auf sie, falls nicht das Gesetz ausdrücklich widerspricht, die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden. Da das Gesetz in unseren Falle keine gegenteilige Vorschrift gibt, ist kein Grund vorhanden, die Anwendung des § 1132 abzulehnen. Die Hypothek, die bisher das eine Eigentumsrecht mit dem einen Grundstück als Haftungsgegenstand belastete, beschränkt jetzt die Rechte der einzelnen Anteilseigner an ihren grundstücksgleichen Anteilen.

Die wesentlichen Merkmale der Gesamthypothek, Einheit der berechtigten Forderung und Hypothek bei einer Mehrheit von

[1]) RG. im JW. 1910, S. 473; s. auch Predari, Grundbuchordnung § 48 Anm. 1; Güthe-Triebel, GBO. § 49 Anm. 1.

[2]) Meyer aaO., S. 285 und 286; gleicher Ansicht Schulz a. a. S. 82.

Belastungsgegenständen sind demnach auch beim Bruchteilsmiteigentum vorhanden.

III 2) Wie Meyer vertritt auch Stillschweig[1]) die Auffassung, daß die Totalhypothek, wie er die bei Bruchteilsmiteigentum entstehende Hypothek nennt, in ihrem juristischen Wesen der Gesamthypothek völlig gleichartig sei. Sein Gedankengang ist etwa folgender: Man müsse einmal prüfen, ob die Entstehungsart der Totalhypothek mit der Annahme einer Gesamthypothek in Widerspruch stehe. Da das BGB. über die Art der Entstehung nichts vorschreibe, sondern in seiner Regelung eine entstandene Gesamthypothek voraussetze (§ 1132), sei die Art der Entstehung etwas Unerhebliches. Gleichgültig sei es deswegen, daß die Gesamthypothek regelmäßig als solche bestellt werde, während sie in unserem Beispiel jedenfalls in anderer Weise entstehe. Uebrigens sei ja auch bei der Gesamthypothek Bestellung nicht der einzige Entstehungsgrund; sie könne z. B. auch durch nachträgliche Zerteilung des belasteten Grundstücks entstehen.[2]) Hierauf also könne es nicht ankommen.

Daß es sich in den beiden Fällen um eine einheitliche Hypothek handle, nicht um eine Mehrheit von Einzelhypotheken, sei unzweifelhaft.

Möglich sei es, daß die gesetzgebenden Organe bei der Abfassung des § 1132 — Hypothek an mehreren Grundstücken — zunächst an eine reale Grundstücksmehrheit gedacht hätten. Aber auch bei der ideellen Grundstücksmehrheit handle es sich um „mehrere Grundstücke“; denn nach Auffassung des BGB. sei das Anteilsrecht des einzelnen Miteigentümers Eigentum, auf den Anteil des Miteigentümers fänden die Vorschriften für das Alleineigentum Anwendung, es sei jeder Anteil für sich einem Grundstück gleichzustellen.

Das Reichsgericht[3]) widerspreche sich also, wenn es trotz seiner richtigen Ausführungen über die Rechtsnatur des Anteils und der daraus gezogenen richtigen Konsequenzen das Bestehen einer Gesamthypothek leugne. Aus der Rechtsnatur des Anteils ergäbe sich gerade prinzipiell die Notwendigkeit der Gleichstellung von Totalhypothek und Gesamthypothek.[4])

[1]) JW. 1914, S. 7 u. ff.
[2]) so die herrschende Ansicht s. die S. 11, unter Note 3 angeführten.
[3]) JW. 1910. S. 473.
[4]) JW. 1914, S. 8; ebenso KGJ. 30 A, S. 258 ff.

Nun wäre es ja denkbar, daß der Gesetzgeber seine Vorschriften nur auf den ihm vorschwebenden Fall realer Grundstücksmehrheit zugeschnitten hat und sie auf den Fall ideeller Mehrheit nicht passen. Zur Widerlegung dieses Einwandes prüft Stillschweig[1]) weiterhin, ob eine Uebertragung der gegebenen gesetzlichen Bestimmungen über die Gesamthypothek auf die von ihm sogenannte Totalhypothek Hindernisse im Wege stehen, und wie sich dadurch die Rechtsverhältnisse gestalten.

Gegner der Angreifbarkeit des Anteils könnten einwenden, daß die Zwangsvollstreckung für die betroffenen Miteigentümer und nachstehenden Hypothekengläubiger eine Schädigung bedeute. Falls nämlich der eine oder andere Bruchteil wegen der ganzen Hypothek in Anspruch genommen wird, statt nur zu einem entsprechenden Betrage, dürfte meistens der Erlös aus der Versteigerung des Anteils weit hinter dem Betrage der ganzen Forderung zurückbleiben. Das Gebot der Käufer werde außerdem nachteilig beeinflußt durch den Umstand, daß nur ein Anteil nicht ein selbständiges Grundstück versteigert werde; denn erfahrungsgemäß bestehe wenig Neigung, Bruchteile zu erwerben.[2])

Infolgedessen hätten weder Miteigentümer noch nachstehende Hypothekengläubiger irgend welchen Ueberschuß aus dem Erlöse zu erwarten, während sie bei Versteigerung des ganzen Grundstücks eher Mitberücksichtigung gefunden hätten.

Doch in eine ähnliche Lage kommen sie auch, wenn der Grundstückseigentümer das bisher einheitliche Grundstück in reale Teile zerschlägt – also beim Normalfall der Gesamthypothek – und diese veräußert. Ein Widerspruchsrecht, vermöge dessen sie den betreibenden Hypothekengläubiger zwingen könnten, seine Befriedigung nur aus dem ganzen Grundstück zu suchen oder wenigstens die Zwangsvollstreckung des Bruchteils oder realen Teils nur mit der Wirkung zu betreiben, daß ihr Recht nicht geschädigt werde, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich.[3])

Das Gesetz gibt zwar im § 1150 (s. auch §§ 268, 1144, 1145) den nachstehenden Gläubigern zum Schutze gegen die ihnen drohenden Nachteile das Ablösungsrecht. Doch wird dieses Recht

[1]) JW. 1914, S. 8 u. 9.
[2]) Jäckel-Güthe A II, 4.
[3]) ebenso Stillschweig aaO. S. 8; Planck zu § 1132 Note 3; Jäckel-Güthe, Vorbem. A II, 4.

meistens von zweifelhaften Werte sein, da es dem Hypothekar meist unmöglich sein wird, die verlangte Summe aufzubringen.[1])

Alle diese Nachteile ergeben sich indessen auch bei Entstehung einer Gesamthypothek durch reale Teilung des Grundstücks. Man kann sie deshalb nicht als Eigentümlichkeiten der Anteilsversteigerung bekämpfen, sondern muß, wenn man sie beseitigen will, folgerichtigerweise gegen das Rechtsinstitut der Gesamthypothek überhaupt den Kampf führen.

Ein weiterer Einwand, der erhoben werden könnte, wäre der, daß dem Gläubiger in dem Zugriffsrecht in den Anteil ohne sein Zutun ein Recht erwachse, daß er bisher nicht gehabt habe.

Eccius[2]) z. B. kann nicht einsehen, warum durch dieses inter alios actum der Gläubiger das Recht haben solle, den einzelnen Eigentumsanteil als Objekt seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen und sein Recht auf die Anteile nach Willkür zu verteilen.

Auch hierfür hat u. E. Stillschweig die richtige Antwort gefunden, wenn er es zunächst für fraglich hält, ob dieses Recht wirklich ein hinzugekommenes sei. Er möchte es lieber für einen immanenten Teil des Gläubigerrechtes halten; denn die gleiche Erscheinung finde sich bei der Gesamthypothek, wenn sie durch Teilung des Grundstücks entsteht. Uebrigens ginge dieses Recht dem Gläubiger wieder verloren, wenn die Bruchteile zu Alleineigentum zusammengefügt würden.[3])

Schließlich ist noch zu bedenken, daß all die Vorschriften über die Gesamthypothek dem Schutze des Gläubigers dienen sollten.[4])

Wollte man im Falle ideeller Teilung dem Gläubiger das Recht des Zugriffs in den einzelnen Anteil nicht geben, so könnte das unter Umständen eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung für den Gläubiger bedeuten; denn er wäre gezwungen „in den Fällen, wo die Person eines Miteigentümers (wegen Erbganges etc.) nicht feststeht, oft schwierige und zeitraubende Ermittlungen anzustellen, gegen wen er seine Klage auf Herausgabe des ganzen Pfandobjekts zu richten habe, während er durch Verfolgung seines Rechts gegen

[1]) so auch Stillschweig aaO. S. 8.
[2]) Gruchot 46, S. 730/1.
[3]) Stillschweig aaO. S. 9.
[4]) s. dazu Mot. III, S. 685, 686.

den einen feststehenden Anteilseigentümer ohne Schwierigkeiten seine Befriedigung erreichen könnte.“ [1])

Auch darf eine etwaige Schädigung der Miteigentümer und Nachhypothekare, die sich bei der gegenwärtigen positiv rechtlichen Regelung der Gesamthypothek nicht vermeiden läßt, die Anwendung der gegebenen Gesetzesvorschriften nicht hindern, ganz abgesehen davon, daß diese ungünstige Lage der Miteigentümer nicht durch einen Rechtsakt des Gläubigers entstanden ist. [2])

Theoretische und wirtschaftliche Erwägungen haben zu der Erkenntnis geführt, daß eine am ganzen Grundstück bestellte Hypothek durch den Uebergang dieses Grundstücks in das Miteigentum mehrerer sich auch auf die Grundstücksanteile der Miteigentümer erstreckt. Jeder dieser Anteile ist infolge seiner für Belastungen erfolgten gesetzlichen Gleichstellung mit einem Grundstück (§ 1114) selbständig belastet und angreifbar, was nichts anderes heißt, als das die Voraussetzungen des § 1132 erfüllt sind.

Die Grundstückshypothek ist also zur Gesamthypothek geworden.

Es steht also dem Gläubiger einer solchen Hypothek frei, auf Grund des § 1132 in Verhindung mit § 1114 die Zwangs-Vollstreckung wegen der ganzen Forderung in den Grundstücksanteil eines der Miteigentümer zu betreiben.

---

[1]) RG. 20, S. 272, 73.
[2]) RG. 20, S. 273.

Lebenslauf.

Ich, Harald Görlich, Sohn des Schulrats Maximilian Görlich in Glatz und seiner Ehefrau Angela, geb. Battig, bin am 14. April 1900 in Fürstlich-Langenau, Kreis Leobschütz, geboren worden. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit und bin im katholischen Bekenntnis erzogen worden. Nach vierjährigem Volksschulbesuch in Nikolai OS. besuchte ich die Gymnasien in Nikolai OS., Groß-Strehlitz OS. und Glatz, wo ich am 11. Februar 1921 die Abgangsprüfung bestand. Darauf studierte ich an der Friedrich-Wilhelm-Universität in Breslau sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaft. Am 22. Juni 1925 legte ich bei dem Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung ab. Am 22. Februar 1926 bestand ich die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 1. September 1925 bin ich bei dem Land- und Amtsgericht in Glatz im Vorbereitungsdienst tätig.